**Expte. N° 12816/15** "Albornoz, Graciela Patricia c/ GCBA s/ incidente de apelación en Albornoz, Graciela Patricia c/ GCBA s/amparo".

**TRIBUNAL SUPERIOR:**

**I.- Objeto**

Llegan las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a fin de dictaminar sobre la queja y, en su caso, respecto del recurso de inconstitucionalidad denegado, ambos interpuestos por Graciela Patricia Albornoz, conforme lo dispuesto a fs. 58, punto 2.

**II.- Antecedentes y síntesis de la cuestión debatida**

De las constancias de la causa surge que la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora (cfr. fs. 25/37 vta.) contra la decisión que admitió el recurso de apelación (cfr. fs. 24 vta.) y revocó la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la misma parte, y ordenó al GCBA que le otorgue un permiso provisorio que le permita trabajar en la vía pública como vendedora ambulante (cfr. fs. 5 vta.)

Para fundar la denegatoria del remedio extraordinario la Sala interviniente consideró que el recurso de inconstitucionalidad no cumplía con el requisito previsto en el artículo 27 de la Ley N° 402, por no tratarse de un recurso interpuesto contra una sentencia definitiva del tribunal superior de la causa ni encuadrarse dentro de la excepción de ser equiparable (cfr. fs. 39/40).

En ese sentido, entendió que la recurrente no logra demostrar la existencia de un perjuicio irreparable que permita equipararla a una decisión definitiva (cfr. fs. 39 vta.)

Advirtió, que tampoco se verifica, en concreto, la concurrencia de una cuestión constitucional (cfr. fs. 39 vta.)

Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

Disconforme con este pronunciamiento, la parte actora dedujo el recurso de queja previsto en el art. 33 de la Ley N° 402 (cfr. fs. 41/53), desarrollando los siguientes agravios:

**a) Sentencia definitiva o equiparable.** Sostiene que la decisión que rechazó la medida cautelar resulta equiparable a definitiva en tanto le ocasiona un gravamen de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior (cfr. fs. 46).

**b) Afectación del debido proceso, derecho a ejercer industria lícita y comerciar, derecho de propiedad y derecho al trabajo**. Al respecto realizó una mera invocación genérica de los derechos y garantías enunciados en los artículos 14, 14 bis., 16, 17, 28 y 43 de la Constitución Nacional; 12 y 13 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (cfr. fs. 44).

**c) Arbitrariedad de la sentencia**. En este punto sostuvo, básicamente, dos argumentos. En primer lugar, entendió que la resolución recurrida empeora su situación, puesto que modifica el estado de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado; lo que la coloca en un estado de indefensión y de mayor vulnerabilidad, puesto que impide el normal desenvolvimiento de su actividad laboral, única fuente de ingresos de su grupo familiar (cfr. fs. 46/47).

En segundo lugar, manifestó que es poco probable que consiga un trabajo distinto al que tiene por su edad (47 años al día de la fecha), su situación de pobreza, su género, porque debe cuidar de un hijo que tiene una discapacidad física e intelectual total y permanente (cfr. fs. 2 del ppal.) y porque posee una numerosa familia –de la demanda surge que el grupo familiar de la actora se integra con cinco (5) hijos y cuatro (4) nietos, todos a su cargo; cfr. fs. 2 y vta. del ppal.- (cfr. fs. 46 vta.)

**III.- Análisis de admisibilidad**

El recurso fue interpuesto por escrito, en término y ante el Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ), de conformidad con lo establecido en los artículos 23 de la Ley N° 2145 y 33 de la Ley N° 402.

Sentado ello, corresponde examinar si se encuentra habilitada la vía extraordinaria prevista en el artículo 27 de la Ley N° 402.

Adelanto que en autos no concurren esas circunstancias básicamente, por los siguientes argumentos:

**a.-** La admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad se halla sujeta a la condición de que la sentencia recurrida sea definitiva, la decisión de una medida cautelar en un proceso de amparo, como en el caso de autos, no reviste tal calidad. En ese sentido, es dable destacar que la exigencia de sentencia definitiva no puede obviarse ni siquiera en los casos –como en el de autos- en que la medida cautelar haya sido acordada o denegada en el marco de una acción de amparo. Es por ello que, conforme lo reitera la doctrina del TSJ, resulta evidente que el pronunciamiento que revocó la medida cautelar otorgada en primera instancia no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva (cfr. Expte. N° 5872/08, "Pérez Molet, Julio C.", 27/08/08; Expte. Nº 6015/08, "Pouilleux, Alberto M.", 01/10/08).

**b.-** Si bien la exigencia del recaudo de sentencia definitiva, reconoce excepciones, la resolución apelada, en mi criterio, tampoco constituye una ellas. En efecto, cualquiera que sea la caracterización jurisprudencial y doctrinaria de una medida cautelar innovativa en relación con su contenido y efectos, ella no deja de ser una medida cautelar de carácter provisional, que no determina, por ende, en forma indefectible, el sentido de la sentencia definitiva y que, además, puede ser reiterada e, incluso, suspendida su ejecución o derogada, eventualmente, durante su vigencia, si ella fue admitida y viceversa -no causa estado- (cfr. Expte. N° 6208/08 "Marocchi, Haydee S.", 11/03/09, del voto del Dr. Maier, considerando 3, punto B, párrafo 5). Es por ello que, el pronunciamiento en crisis, tampoco resulta equiparable a definitivo, a los fines del recurso de inconstitucionalidad en el marco de una acción de amparo.

Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

En suma, se puede colegir que las sentencias que acuerden o denieguen medidas cautelares, por regla, no pueden ser equiparadas a sentencias definitivas -dada la provisionalidad y revocabilidad de lo decidido a su respecto- y por ello, el gravamen -que justifica la habilitación de los recursos de inconstitucionalidad y queja- deba ser analizado de modo estricto.

**c.-** De acuerdo a lo expuesto, en primer lugar, cabe resaltar que la mera invocación por parte de la quejosa del hecho de que su situación se vería empeorada a raíz del dictado de la sentencia no resulta suficiente para fundar un gravamen con virtualidad suficiente para habilitar la vía intentada. Es que la recurrente, pese a alegar la vulneración de derechos y garantías constitucionales (defensa en juicio, debido proceso, derecho de propiedad, de trabajar, de ejercer industria lícita y comerciar -cfr. fs. 44-) no especificó cómo ellos se verían inmediatamente afectados por la decisión de la Sala, ni tampoco logró demostrar que la interpretación desarrollada por el Tribunal respecto de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal resulte manifiestamente arbitraria, de manera que lesione mediatamente los derechos y garantías mencionados.

Téngase presente que al revocar la cautelar, la Sala expuso, concordantemente con lo resuelto por el TSJ en numerosos precedentes (entre ellos Exptes. N° 6162/08 "Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz" 05/03/09; N° 6495/09 "Medina, Raúl", 29/07/09 y N° 7327/10 "Noguera, Adriana", 24/11/10), que la omisión de contar con un permiso no puede ser subsanada por la actividad oficiosa del Tribunal, a quién no compete otorgar permisos, puesto que ello resulta una facultad de la Administración, conforme la normativa vigente.

En este punto, la actora afirma, por un lado, que si bien la Administración tiene la facultad para otorgar los permisos de uso ello no implica que pueda desatender sus derechos, ni prolongar indeterminadamente la solicitud que efectuó ante el GCBA. Y, por otro, que considera ajustada a derecho que la

discrecionalidad administrativa relacionada con la oportunidad, mérito y conveniencia, sea reemplazada por los jueces.

Sin embargo, con ello no hace más que exhibir su desacuerdo con la decisión de la Cámara que, como se expuso, al no acreditar precisa y fundadamente la vulneración de los principios y garantías constitucionales invocados, es insuficiente para abrir la vía intentada (cfr. TSJ, Exptes. N° 595/00 "Schvarzman, Mirta Susana", 13/12/00; 3739/05, "Montero, María Nela", 11/03/05; N°3887/05 "Paiz, Mario", 08/06/05, entre muchos otros).

El segundo argumento esbozado por la recurrente para fundar el carácter irreparable del agravio tampoco alcanza tal objetivo. En efecto, la circunstancia descripta en torno a que "...es poco probable que la Sra. Albornoz consiga otro trabajo distinto al que tiene..." (cfr. fs. 46 vta.) luce conjetural. De esta forma, al ubicarse en un plano potencial, no logra acreditar la existencia de un agravio actual que habilite la pretendida equiparación.

De esta forma, cabe concluir que la queja no puede prosperar, ya que el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender no se dirige contra una sentencia definitiva en los términos del artículo 27 de la Ley N° 402 y tampoco la recurrente acreditó la concurrencia de alguno de los supuestos de excepción a dicha regla.

Por las razones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la parte demandada.

Se suscribe el presente de conformidad con la delegación establecida en el art. 6° de la Resolución FG N° 214/2015.

Fiscalía General, 18 de marzo de 2016.

**DICTAMEN FG N°** 235 **/16**

Juan G. Corvalán
Fiscal General Adjunto
Contencioso Administrativo y Tributario

SEGUIDAMENTO, SE REMITIERON LAS ACTUACIONES AL TSJ. CONSTE.-

M de las Nieves Macchiavelli
Secretaria General
Secretaría Judicial
Fiscalía General - C.A.B.A.